

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Herminio Ramón Padilla Alba

Profesor Ayudante de Derecho Penal. Universidad de Córdoba

SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

II. FUNDAMENTO JURÍDICO.

1. Modelo del injusto típico o tipicidad.

2. Modelo de la excepción.

3. Toma de posición.

III. IMPUTACIÓN DE LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* A TÍTULO DE DOLO Y A TÍTULO DE IMPRUDENCIA.

1. Tesis del doble y triple dolo.

2. Incapacidad de culpabilidad y dolo.

3. Tesis que se defiende: tesis de un único dolo.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Con la expresión *actio libera in causa* (*alic*) la doctrina penal pretende resolver aquellas situaciones en las que un sujeto ha realizado un hecho antijurídico en estado de ausencia de libertad – o de anormalidad motivacional, si es ésta la tesis que se sostiene^[1] –, estado que con anterioridad el mismo ha provocado^[2]. El origen de tal expresión es atribuido a MÜLLER (1789), quien distinguía entre acciones libres, acciones que aluden a la libertad pero en las que el delincuente, en el momento de la comisión del delito, actúa sin libertad (*actio ad libertatem relata, quamvis actu non libera*), y acciones que ni son libres ni aluden a la libertad (*nec actu libera nec ad libertatem relata*).

¿Cuál es su ámbito de aplicación? Existe acuerdo generalizado en que la *alic* es aplicable a los casos de incapacidad de culpabilidad, o sea, a aquellos en los que el sujeto es incapaz de culpabilidad en el momento de la comisión de la infracción penal pero en un momento anterior, cuando todavía no se encontraba en dicho estado, produjo dolosa o imprudentemente su propia incapacidad de culpabilidad^[3]. Así lo reconoce además el Código penal español para el trastorno mental transitorio (art. 20, 1.º) y el estado de intoxicación plena (art. 20, 2.º): éstos no eximirán de pena cuando hubiesen sido provocados por el sujeto con el propósito de cometer el delito o cuando aquél hubiera previsto o debido prever su comisión.

Igualmente nadie discute que deba aplicarse esta doctrina a los casos de incapacidad de acción^[4]. Puesto que aquí nuestro Código guarda silencio, la aplicación de la *alic* a estos supuestos debería ser fundamentada, a mi juicio, en la doctrina jurisprudencial. Ésta, a su vez, podría utilizar como fundamento los números primero y segundo del art. 20, pues una interpretación extensiva de los mismos permitiría la inclusión de los casos de ausencia de acción: si cuando hay acción y el sujeto es incapaz de culpabilidad tiene sentido aplicar la estructura de la *alic*, a fortiori debe ser aplicada cuando ni siquiera existe acción. De *lege ferenda*, sin embargo, sería conveniente la inclusión en el Código penal de un precepto que, al igual que ha sucedido con la comisión por omisión (*vid.* el art. 11), regule esta situación. Así, será la Ley escrita y no los Tribunales la que indique que el art. 10 («Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley») no será aplicable si la omisión^[5] o el comportamiento activo pero penalmente irrelevante^[6] fue buscado de



propósito por el sujeto o éste previó o debió haber previsto su realización.

En cuanto a la posible aplicación de la *alic* a supuestos en los que falta el tipo, la antijuricidad o –por concurrir una causa de inexigibilidad– o la culpabilidad, defendida en nuestro Derecho por algunos autores[7], entiendo que, pese a presentar una estructura paralela, pueden ser resueltos sin acudir a dicha teoría[8].

II. FUNDAMENTO JURÍDICO

Aceptando que en la *alic* no es lo mismo el concepto, el ámbito y la solución que se proponga para resolverla –mezclados confusamente entre sí por muchos autores–, partiré de la tesis de JOSHI JUBERT de considerar que el concepto de la *alic* tiene por objeto poner de manifiesto una estructura que nada anticipa sobre la solución adecuada. Dicha estructura consiste[9] en la existencia de un primer tiempo (T_1) en el que el sujeto provoca dolosa o imprudentemente una situación defectuosa, bien sea la de incapacidad de culpabilidad, bien la de incapacidad de acción; junto al mismo, un segundo tiempo (T_2) en el que dicho sujeto ataca, en ese estado defectuoso, el bien jurídico.

Descartadas las soluciones extremas propuestas para resolver estos supuestos –partidarias de la impunidad o el castigo en todo caso[10]–, la doctrina penal mayoritaria se decanta por una tesis intermedia consistente en castigar al autor que ha provocado su incapacidad de acción o de culpabilidad, imponiendo a su vez ciertos límites a dicha punición, como pueden ser, por ejemplo, la exigencia de que concurra comienzo de tentativa o la presencia de lo que se ha venido en llamar «doble dolo». ¿Y cuál es, entonces, el fundamento jurídico de la punición de la *alic*? Básicamente dos sistemas o modelos de imputación se han propuesto, denominados[11] respectivamente modelo del injusto típico o tipicidad (*Tatbestandsmodell*) y modelo de la excepción (*Ausnahmenmodell*).

1. Modelo del injusto típico o tipicidad

El modelo del injusto típico o tipicidad consiste en aplicar las reglas generales de la imputación –por eso se le llama también sistema de imputación ordinaria[12]–, esto es, el sujeto responderá por haber realizado una acción típica, antijurídica y culpable, siendo la acción precedente (*actio praecedens*) la que reúne tales requisitos.

En efecto, puesto que sólo son punibles las acciones u omisiones humanas típicas, antijurídicas y culpables, en los hechos antijurídicos cometidos por incapaces de culpabilidad la única acción u omisión que reúne tales características es la acción u omisión precedente –la que da lugar al estado defectuoso de incapacidad de culpabilidad–, por lo que forzosamente la ejecución del hecho dará comienzo con la misma, momento que ya supone, según sus defensores, un peligro para el bien jurídico[13]. Así, v. gr., a quien actúa en estado de intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas le imputaremos el hecho antijurídico porque, aunque era incapaz de culpabilidad al tiempo de cometer la infracción penal, fue capaz de culpabilidad en un momento anterior, momento en el cual interpuso libremente la causa –de ahí el latinismo de *actio libera in causa*–: el sujeto consume las bebidas alcohólicas con la intención (dolo) de cometer la infracción penal o previendo (culpa consciente) o habiendo debido prever (culpa inconsciente) que bajo dicho estado podría cometerla.

La principal ventaja que ofrece este sistema de imputación es que se salvaguarda o respeta el principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*); se dice que presenta, sin embargo, algunos inconvenientes, como el de considerar actos ejecutivos hechos que en realidad pueden no suponer un peligro para el bien jurídico[14]. En realidad, esta cuestión dependerá de la teoría sobre la tentativa que se adopte. Para las posiciones extremas, la solución es evidente: quienes adopten una teoría puramente subjetiva (plan del autor) no tendrán ningún reparo en afirmar que, en el caso de que un sujeto se halle en un estado de intoxicación plena buscado con el propósito de matar a otro, exista tentativa de delito aunque ni siquiera salga de su casa en busca de la víctima[15]. Y viceversa, los defensores de una teoría objetiva (dar principio de forma inmediata y/o directa a la ejecución del tipo penal) rechazarán la tentativa por no haberse comenzado todavía a matar.

Más complicado podría resultar, en principio, para quienes defienden una teoría objetivo-subjetiva, en la medida en que tienen que conjugar ambos criterios. El plan del autor puede ser valorado subjetiva, objetiva u objetiva-subjetivamente, siendo seguramente este último criterio el más equilibrado: se valora el plan del autor conforme al baremo del espectador objetivo, pero teniendo a su vez en cuenta la situación y conocimientos del autor. El dar principio de forma inmediata a la

ejecución del tipo puede igualmente interpretarse como realización de la acción típica o como inmediata y/o directa puesta en peligro del bien jurídico.

Pues bien, aceptando una teoría objetivo-subjetiva de tentativa, considerar en nuestro ejemplo que buscar el estado de intoxicación plena con el propósito de matar a un determinado sujeto es ya un acto ejecutivo me parece excesivo. En mi opinión, no existe verdaderamente un peligro, ni inmediato ni directo, para el bien jurídico vida, ni siquiera desde el plan del autor –no olvidemos que el sujeto no ha salido de su casa–, por lo que debería ser estimado un acto preparatorio y, por tanto, impune. En el simple hecho de consumir bebidas alcohólicas –lo que sirve también, en consonancia con la letra del número segundo del art. 20 del Código, para las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos–, por tanto, no cabe ver todavía ninguna acción típica de homicidio.

2. Modelo de la excepción

En el modelo de la excepción, por su parte, se recurre a un sistema de imputación extraordinaria consistente en imputar al sujeto la acción realizada en estado de incapacidad de acción o de incapacidad de culpabilidad (la acción precedente es típicamente neutra), que siguiendo con nuestro caso sería el hecho antijurídico cometido por el sujeto bajo el estado de intoxicación plena. Esta imputación extraordinaria es posible porque en el lugar del elemento que falta –en el supuesto mencionado la capacidad de culpabilidad– se coloca un subrogado como puede ser, v. gr., la obligación de mantenerse en un determinado estado físico o psíquico.

El mayor problema que presenta el modelo de la excepción es que no respeta el principio de culpabilidad[16], pues si la acción penalmente relevante es la de la realización del hecho antijurídico en la situación defectuosa –de incapacidad de culpabilidad en nuestro caso–, estamos haciendo responsable a un sujeto que, aunque efectivamente haya cometido un hecho antijurídico, no es al mismo tiempo culpable del mismo.

Para los defensores del modelo de la excepción, por tanto, se produce una situación excepcional caracterizada por no necesitar que injusto y culpabilidad coincidan temporalmente. Con el fin de solventar esta dificultad sus defensores han acudido a distintas tesis. Por citar sólo algunas[17], se ha dicho que la imputación de la acción cometida en estado defectuoso es posible porque los casos de incapacidad de culpabilidad presentan una estructura muy similar a los supuestos de autoría mediata: así, indica JESCHECK[18] que desde la perspectiva del injusto material no hay diferencias entre quien se hace inimputable a sí mismo para cometer un delito y quien se sirve de un inimputable para dicho fin.

Otros autores[19] defienden la punición de la acción cometida en estado defectuoso porque existe una costumbre, nacida de la práctica de los Tribunales, que permite llevar a cabo una reducción teleológica de preceptos como el § 20 del StGB[20], restringiendo de esta forma su ámbito de aplicación, es decir, a través de la costumbre quedaría sin efecto el llamado principio de coincidencia entre injusto y culpabilidad.

Estas tesis, sin embargo, también tienen sus críticas. Así, la equiparación de la estructura de la *alic* a la de la autoría mediata, tesis que también sustentan algunos de los defensores del modelo del injusto típico[21], presenta como escollo insalvable el atentar contra el principio de identidad: si la autoría mediata presupone la existencia de al menos dos personas (el autor inmediato o ejecutor y el autor mediato u hombre de atrás), en la *alic* es una única persona –tomada simultáneamente como dos– la que realiza el hecho[22].

Respecto a la tesis de la existencia de una costumbre que, a través del método de la reducción teleológica, permite imputar la situación defectuosa en los supuestos de *alic*-incapacidad de acción y *alic*-incapacidad de culpabilidad, plantea el problema de la admisibilidad de la costumbre en el Derecho penal[23], en particular la que va en contra del reo.

De todas formas, en nuestro Derecho no es posible fundamentar el modelo de la excepción en una costumbre nacida de la práctica jurisprudencial porque, en verdad, ésta no existe. En efecto, el Tribunal Supremo español ha venido construyendo la relación de imputación sobre la acción precedente (modelo del injusto típico) y no sobre la acción defectuosa (modelo de la excepción). Sirva de ejemplo, por todas, la sentencia de 14 de abril de 1993[24]: «En efecto, en la actualidad se conocen dos explicaciones diferentes de la figura de la *actio libera in causa*. Por un lado el llamado “modelo de la excepción”, que considera que esta figura se justifica como una excepción,

fundamentada por el derecho consuetudinario, del principio establecido en el art. 8, 1.^a CP, que requieren la coexistencia temporal de la realización de la acción y la capacidad de culpabilidad (o imputabilidad subjetiva). Por otro el “modelo de la acción típica”, que considera como acción típica la causa libera, es decir, la acción que causa la desaparición de la capacidad de culpabilidad. El primero de estos modelos se apoya en una excepción del principio de legalidad (art. 25.1 CE) que no es posible admitir en esta materia, así como –según lo han destacado numerosos autores– en una dudosa concepción del principio de culpabilidad. Por lo tanto, el modelo de la acción típica mantiene en la actualidad su preferencia».

3. Toma de posición

En el modelo del injusto típico hemos visto como la posibilidad de imputar tentativa por el delito doloso si el resultado típico no se produce resulta, al menos en casos como el que hemos expuesto – sujeto que busca el estado de intoxicación plena con el propósito de matar a otro pero que no llega a salir de su casa–, discutible. ¿Significa esto que debe ser rechazado el modelo del injusto típico? Para algunos de sus partidarios no, pues consideran que la construcción de la *alic* no necesita, para poder castigar al autor que ha provocado su propia incapacidad de culpabilidad, la aceptación de una tentativa –la acción precedente podrá ser, por tanto, un acto preparatorio–.

Otros autores, como JOSHI JUBERT[25] en nuestro Derecho, se manifiestan en sentido diametralmente opuesto al entender que no toda provocación de la situación defectuosa es automáticamente una acción de tentativa, pues además de reunir los requisitos de lo que la autora denomina *provocación relevante*, debe cumplir también con los de cualquier tentativa, o sea, debe poner directamente en peligro el bien jurídico penalmente protegido, según el plan del autor (igualmente son requeridos, como tendremos ocasión de ver, la concurrencia de unos requisitos de carácter subjetivo).

A mi juicio, la tesis correcta para aplicar la doctrina de la *alic* desde el modelo del injusto típico es exigir tentativa de delito en la acción precedente. Que la existencia de la tentativa se quiera delimitar a través de un criterio mixto u objetivo-subjetivo que tenga en cuenta tanto el peligro inmediato y/o directo del bien jurídico como el plan del autor valorado desde la perspectiva de un observador objetivo, puede también considerarse adecuado. Lo que ya no me parece tan apropiado es decir que la construcción de la *alic* no necesita la aceptación de tentativa, pues aquí también deben seguirse las reglas generales de la teoría jurídica del delito. Y si en nuestro Derecho los actos preparatorios no son, en general, punibles[26], no podrán ser utilizados para fundamentar la aplicación de la doctrina de la *alic* (ello sólo sería posible cuando su punición estuviese específicamente prevista).

Si la acción precedente ha de ser necesariamente tentativa del delito que después se comete en estado de incapacidad de culpabilidad –o de incapacidad de acción, si fuera ése el caso–, el gran inconveniente que, a mi parecer, presenta el modelo del injusto típico es que, en contra de la pauta marcada por el nuevo Código penal español, que tiende a ampliar el ámbito de la *alic* al haber introducido la preordenación culposa, restringe mucho su aplicación, pues en la práctica serán muy pocos los casos en los que la acción precedente constituya acción típica.

Por lo que respecta al modelo de la excepción, creo que ha sido injustamente criticado en nuestro Derecho porque, dada la regulación de la *alic* en el Código penal de 1995, no tiene que ser fundamentado en la existencia de una costumbre que, además y como se ha visto, nuestra práctica jurisprudencial desmiente. En Alemania el problema surge porque el § 20 del StGB no contiene una previsión como la de los números primero y segundo del art. 20 del Código penal español. Puesto que el citado párrafo establece que la capacidad de culpabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho («Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat ...»), si se considera –tal y como sostiene el modelo de la excepción– como hecho en la *alic* la acción realizada en situación de incapacidad de culpabilidad, en ese momento no existe, a tenor del § 20, capacidad de culpabilidad. El intento de JESCHECK[27] por salvar la dificultad que representa el tenor literal del § 20 del StGB podrá utilizarse, dice acertadamente ROXIN[28], como argumento de *lege ferenda* pero nunca de *lege data*, pues contraviene expresamente lo dispuesto en el art. 103, párrafo segundo, de la Ley Fundamental.

En el Derecho penal español, sin embargo, no se presenta esa problemática. Con la regulación del Código penal anterior se había indicado que el paralelismo entre la *actio libera in se* (la acción libre en sí misma) y la *actio non libera in se pero libera in causa* (la acción no libre en sí misma pero libre

en su causa), que permite fundamentar su equiparación, exigía la intervención del legislador, esto es, la contemplación expresa de esta figura en la legislación penal. Y esto es lo que ha hecho el Código penal de 1995, el cual contiene una previsión específica en los números primero y segundo del art. 20 para los casos de *alic dolosa* y *alic culposa*, quedando así salvaguardado el principio de legalidad. El principio de culpabilidad, por su parte, quedaría también amparado en la medida en que el modelo de la excepción representa, valga la redundancia, una excepción al mismo fundamentada en la propia ley.

III. IMPUTACIÓN DE LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* A TÍTULO DE DOLO Y A TÍTULO DE IMPRUDENCIA

1. Tesis del doble y triple dolo

Concluimos el presente trabajo examinando la forma dolosa o imprudente en la que deberá castigarse al sujeto por la infracción penal cometida en estado de incapacidad de culpabilidad –o de incapacidad de acción, si fuese ése el caso–.

Un sector de la doctrina penal[29] exige para la *alic dolosa* lo que se ha venido en llamar «doble dolo»: el autor debe actuar dolosamente –aunque sea con un dolo eventual– tanto respecto a la posterior realización del tipo como a la producción del estado de incapacidad[30], esto es, debe conocer el comportamiento que cometerá como incapaz de culpabilidad así como la pérdida de su incapacidad de culpabilidad[31].

Como se observa, el doble dolo concurre en un solo momento, que es el de la acción precedente (T_1).

Otros autores, como JESCHECK[32] en Alemania, entienden que «una *actio libera in causa* dolosa concurre cuando el autor ha provocado dolosamente su incapacidad de culpabilidad (o capacidad de culpabilidad disminuida) (...) y comete en este estado de forma dolosa aquella acción típica a la que iba dirigido su dolo ya en el momento de la *actio praecedens*.» Aquí se trata, por consiguiente, de un «triple dolo», que concurre tanto en T_1 como en T_2 : el dolo que provoca el estado de incapacidad de culpabilidad (T_1), el dolo dirigido a cometer la acción típica (T_1) y el dolo propio de la acción típica (T_2).

2. Incapacidad de culpabilidad y dolo

La tesis del triple dolo implica aceptar, al exigir que en T_2 concorra dolo, que un incapaz de culpabilidad pueda actuar dolosamente. De hecho, en esta tesis ha habido siempre unanimidad tanto por parte de quienes siguen la sistemática neoclásica como por parte de quienes defienden la finalista. Entre los primeros ya FRANK[33] nos decía que un incapaz de culpabilidad podía querer matar a una persona y saber que lo estaba haciendo, y para MEZGER[34] el fundamento de la actuación dolosa del incapaz de culpabilidad se encuentra en la propia concepción normativa de la culpabilidad, pues la aceptación de que la misma no se agota en el dolo y la culpa[35] implica el reconocimiento de la actuación dolosa del niño o del enfermo mental, faltando sin embargo en ellos la culpabilidad por ser incapaces de culpabilidad.

Entre los segundos, y en nuestro Derecho, debe destacarse la postura de CÓRDOBA RODA, quien entiende que el incapaz de culpabilidad puede actuar dolosamente pues, al llevar los finalistas el dolo al tipo de injusto[36], están reconociendo que el incapaz de culpabilidad realiza el hecho típico y antijurídico con conocimiento y voluntad, por lo que la capacidad de culpabilidad no puede equivaler, dice CÓRDOBA, a la simple capacidad de conocer y querer lo ilícito de la conducta, dado que su falta implicaría la desaparición no ya de la culpabilidad sino del propio tipo de injusto doloso. Quienes siguen la sistemática causalista o neoclásica, por el contrario y según CÓRDOBA RODA, estarán obligados, o bien a desdoblar la capacidad de culpabilidad en dos conceptos[37], o bien a mantener el concepto de capacidad de culpabilidad como capacidad de conocer y querer, dejando sin explicar, como cuerpo extraño en el sistema, la comisión por incapaces de culpabilidad de tipos portadores de elementos subjetivos[38].

A mi juicio, sin embargo, la consecuencia que para el neoclásico deriva CÓRDOBA no tiene que ser necesariamente ésa, pues lo que verdaderamente habría que preguntarse con su planteamiento es si el incapaz de culpabilidad puede, desde una concepción neoclásica, actuar dolosamente. Si desde una sistemática finalista, que concibe el dolo como un dolo natural que no comprende la conciencia de la

antijuricidad (*dolus bonus*), ello no representaría, en principio, ninguna dificultad –digo en principio porque el problema para los finalistas se encontraría en aquellos tipos penales que contuviesen elementos normativos, pues éstos requieren una cierta capacidad de comprender lo jurídico como presupuesto de la tipicidad–, desde la perspectiva de la sistemática neoclásica es difícil, por no decir imposible, mantener que un incapaz de culpabilidad puede actuar dolosamente.

En efecto, si la capacidad de culpabilidad consiste, según –interpretación *a contrario sensu*– el número primero del art. 20 del Código penal español, en tener capacidad para comprender la ilicitud del hecho y para actuar conforme a esa comprensión[39], y el dolo para los neoclásicos comprende no sólo la voluntad y el conocimiento de los elementos del tipo sino también la conciencia de su antijuricidad[40], debemos inferir, con buena lógica, que el incapaz de culpabilidad, en los casos en que su capacidad para tener conciencia de la antijuricidad del hecho se encuentre plenamente perturbada, no puede actuar dolosamente (faltaría el elemento intelectual del dolo referente a la conciencia de la antijuricidad). Y puesto que se trata de un *dolus malus*, en el que el querer del agente (elemento volitivo) abarca también la ilicitud del hecho, tampoco podrá actuar dolosamente si lo plenamente perturbado es la capacidad para actuar conforme a la comprensión de la ilicitud del hecho.

3. Tesis que se defiende: tesis de un único dolo

Si el incapaz de culpabilidad no puede, desde la sistemática neoclásica, actuar dolosamente, debe rechazarse –para quien mantiene esta sistemática, como es nuestro caso– la tesis del «triple dolo». En cuanto a la tesis del «doble dolo», la misma se explica más coherentemente desde la óptica del modelo del injusto típico o tipicidad, en el que se considera que la acción precedente es tentativa del delito que después se comete en estado de incapacidad de culpabilidad. Siendo así, la doctrina de la *alic* no sería una excepción a la regla general que entiende que el momento de la capacidad de culpabilidad es el momento de la acción (el sujeto es capaz de culpabilidad en el momento en el que inicia la ejecución de la acción típica). A partir de aquí, resulta lógico que el dolo deba abarcar tanto la producción del estado de incapacidad como la posterior realización del hecho delictivo que se cometerá en tal estado.

Esta tesis, sin embargo y a mi juicio, no implica la existencia de dos dolos en la acción precedente pues, en rigor, el dolo penal sólo puede ser uno –por eso hablo de tesis de un único dolo–, el dirigido a cometer la posterior infracción penal, que es además la única exigencia que los número primero (anomalía y alteración psíquica) y segundo (estado de intoxicación plena) del art. 20 demandan para aplicar la exención completa de responsabilidad criminal. El hecho de que deba abarcar también la producción del estado de incapacidad se debe a que, como se ha dicho, para los partidarios del modelo del injusto típico la acción en la que se busca tal estado (*actio praecedens*), en cuanto que es ya acción de tentativa, forma parte del tipo de injusto que se realiza y, por tanto, está comprendida dentro del dolo.

Tendría sentido hablar de doble dolo, uno dirigido a la producción del estado de incapacidad, otro a la comisión de la concreta infracción criminal, si en el Derecho penal español existiese un tipo penal que castigase expresamente el hallarse intencionadamente en estado de incapacidad. Así sucede, v. gr., en Alemania, en donde sí tiene su lógica hablar de doble dolo porque existe en su Código penal un párrafo que castiga con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa a quien se embriaga dolosa o imprudentemente con bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagantes y comete en tal condición una acción antijurídica por la que no puede ser castigado como le correspondería al ser incapaz o estar excluida tal posibilidad[41]. Pero puesto que en nuestro Derecho no es ése el caso, y teniendo en cuenta el hecho de que la validez de una determinada tesis dentro de un concreto marco jurídico no implica en modo alguno su validez dentro de otro, en nuestro Derecho no es dolo penal el buscar simplemente, esto es, sin intención de cometer la posterior infracción penal, el estado de incapacidad.

Por consiguiente, el comportamiento inicial del sujeto, aunque sea voluntario o intencional[42], no tiene que ser necesariamente doloso: el sujeto puede querer consumir bebidas alcohólicas (comportamiento deliberado) y no querer realizar el tipo de injusto de homicidio (falta el dolo penal) que después se produce (no habría preordenación dolosa, y para que hubiese culposa el sujeto tendría que haber previsto o debido prever que en estado de intoxicación plena cometería la infracción penal).

Por lo que se refiere a la *alic* imprudente o culposa, también se habla de doble imprudencia en el sentido de que objeto de ésta lo constituye tanto la previsión de la realización de la posterior

infracción penal como la del propio estado defectuoso (la provocación imprudente del estado de incapacidad constituye ya la acción típica imprudente). Aunque es perfectamente posible llegar al estado de intoxicación plena de manera imprudente, la imprudencia relevante a efectos jurídico-penales es la relativa a la posterior comisión de la infracción criminal (que es la única que es tenida en cuenta por los números primero y segundo del art. 20 del Código), por lo que es ésta, y sólo ésta, la que hay que tomar como referencia para imputar la infracción penal a título de imprudencia. Ello será posible siempre y cuando la concreta infracción penal que se ha cometido admitiese su comisión imprudente (piénsese, v. gr., en un resultado de muerte), pues en caso contrario ni la efectiva, ni la obligada previsión, permitirían imputar el hecho a la *actio praecedens*. En cuanto a las infracciones penales que no admiten su comisión imprudente, frente al criterio sostenido por los anteriores Códigos penales españoles, que adoptaron un sistema de incriminación genérica de la imprudencia, el Código penal de 1995 facilita mucho la labor al adoptar un sistema de incriminación excepcional: «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán», dice el art. 12, «cuando expresamente lo disponga la Ley.»

Recapitulando: el comportamiento inicial del sujeto puede ser intencional, que no preordenado dolosamente a la comisión de un concreto delito, o imprudente y, sin embargo, dar lugar a la aplicación de la eximente segunda o, en su caso, primera del art. 20, si dicho comportamiento no integra el concepto de preordenación culposa, es decir, si el sujeto no previó ni tenía la obligación de prever la comisión de la concreta infracción penal. La tesis no es nueva sino que ya había sido defendida por GONZÁLEZ RUS cuando, en relación a la regulación de la embriaguez en el Proyecto de Código penal de 1980, indicaba[43] que si la imprudencia en la adquisición del estado de embriaguez –lo que sirve también para el estado de intoxicación plena o cualquier otro trastorno mental transitorio– tenía que ir referida a un determinado delito, podrían existir preordenaciones culposas que no impidiesen la aplicación de la eximente. Esto sucederá en el caso de que la previsión no sea posible porque el comportamiento no guarda ninguna relación con el estado de intoxicación plena, pudiéndose haber realizado igualmente aunque el sujeto hubiera estado en condiciones normales.

A partir de esta tesis, las distintas posibilidades que se pueden dar para imputar el resultado típico a título de dolo o imprudencia son, a mi juicio y en consonancia con lo establecido en los números primero y segundo del art. 20 del Código, las siguientes[44]:

1) En los casos en los que el sujeto provoca intencionadamente el trastorno mental transitorio (art. 20, 1.º del Código penal) o el estado de intoxicación plena (art. 20, 2.º del Código penal) con el propósito de cometer después, bajo dicha situación, la concreta infracción penal, procede castigar por delito doloso.

2) En los casos en los que el sujeto provoca intencionadamente el trastorno mental transitorio o el estado de intoxicación plena previendo o debiendo prever –por ejemplo porque sabe, por experiencias anteriores, que bajo un consumo alto de alcohol se vuelve violento y propenso a las riñas– que después, bajo dicha situación, puede cometer la concreta infracción penal, procede castigar por delito imprudente. La única posibilidad para castigar por delito doloso sería que, en lugar de imprudencia con representación respecto a la posterior infracción penal, existiese dolo eventual[45]; además, para castigar por delito doloso sería preciso que la infracción penal que se realizó admitiese su comisión por dolo eventual.

3) En los casos en los que el sujeto provoca imprudentemente el trastorno mental transitorio o el estado de intoxicación plena, sólo será posible castigar por delito imprudente si el sujeto previó o tenía la obligación de prever que en dicha situación cometería después la concreta infracción criminal. Al igual que en el supuesto anterior, si el sujeto actuó con dolo eventual en lugar de imprudencia con representación, procederá castigar por delito doloso –siempre y cuando admita su comisión por dolo eventual– y no imprudente.

4) En los casos en los que el sujeto llega fortuitamente, sin dolo ni imprudencia, al trastorno mental transitorio o al estado de intoxicación plena[46], no existe posibilidad de imputar el resultado a título de dolo ni de imprudencia porque el sujeto, ni buscó de propósito la comisión de la concreta infracción criminal, ni tampoco la previó o tuvo la obligación de preverla (puesto que el estado de incapacidad de culpabilidad surge inesperadamente, no podemos exigir al sujeto lo que no pudo, esto es, que previera la comisión de la concreta infracción criminal que después se produce bajo dicho estado).

Un supuesto que, a mi juicio, no debe ser resuelto a través de la aplicación de esta doctrina es aquél en el que en T_1 concurre dolo y en T_2 imprudencia, es decir, aquél en el que el sujeto provoca el trastorno mental transitorio o el estado de intoxicación plena para cometer la concreta infracción penal pero ésta se produce por un acto imprudente del mismo, no por el expresamente buscado de propósito. Pensemos, v. gr., en el citado caso del sujeto que consume bebidas alcohólicas para matar a otro. Si la muerte del que quiere matar se produce por una imprudencia del sujeto[47], no hará falta acudir a la doctrina de la *alic* sino que se aplicarán directamente las reglas generales de la imprudencia, esto es, se castigará por homicidio imprudente: aunque en puridad habría un concurso ideal entre los artículos 142, apartados primero y segundo, y 379 del Código penal[48], en la determinación de la pena no se aplicará el art. 77 del Código (pena de la infracción más grave en su mitad superior sin que exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penasen separadamente las infracciones) sino el art. 383, previsto específicamente para estos casos (pena de la infracción más grave, y resarcimiento en todo caso de la responsabilidad civil que se haya originado).

NOTAS

- [1] Así, v. gr. y por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E.: «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1, 1971, reproducido en su libro *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 172 y ss.
- [2] Cf., por todos, JOSHI JUBERT, U.: *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 28, y bibliografía allí citada.
- [3] Cf., por todos, ROXIN, C.: «Bemerkungen zur actio libera in causa», en *Festschrift für Karl Lackner*, 1987, trad. de F. MUÑOZ CONDE bajo el título «Observaciones sobre la “actio libera in causa”», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, p. 21.
- [4] Así se manifestaba ya BINDING, K.: *Normen und ihre Übertretung*, T. II: Schuld. Vorsatz. Irrtum. V. II: Zurechnungsfähigkeit, 2.ª Auf., Leipzig, 1914, pp. 621 y ss.
- [5] Piénsese, v. gr., en el tan citado ejemplo del guardabarrera que se embriaga plenamente hasta perder el conocimiento, provocando con su omisión el choque de dos trenes.
- [6] El también citado ejemplo, procedente de los canonistas, de la madre que, sabiendo que tiene un sueño agitado, duerme con su hijo de pocos meses de edad provocándole por asfixia la muerte.
- [7] Cf., v. gr., MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed. corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995, Barcelona, 1996, pp. 470 (estado de necesidad) y 617 (miedo insuperable); le sigue su discípula –aunque luego sólo trata en su monografía los casos de ausencia de acción e incapacidad de culpabilidad– JOSHI JUBERT, U.: *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, cit., pp. 91 y 92; en el Derecho penal alemán cf., v. gr. y por todos, MAURACH, R.: «Fragen der actio libera in causa», en *Juristische Schulung*, 1961, p. 376.
- [8] Vid., al respecto, los argumentos de ALONSO ÁLAMO, M.: «La acción “libera in causa”», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1989, pp. 74 y ss.
- [9] Vid. JOSHI JUBERT, U.: *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, cit., pássim.
- [10] Una estriba en proponer la impunidad para todos los casos en los que el sujeto ha provocado dolosa o imprudentemente la propia incapacidad de culpabilidad o –si es el caso– de acción para lesionar en ese estado un bien jurídico, pues se entiende que, si en el momento de la lesión del bien jurídico el sujeto no era culpable, no es posible fundamentar su castigo sin infringir el principio de culpabilidad; la otra, por el contrario, defiende su punición sin excepción alguna, para lo cual se basa en consideraciones de política criminal [vid. JOSHI JUBERT, U.: *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, cit., p. 123].
- [11] Indica ROXIN que estas formulaciones se debe a NEUMANN (ROXIN, C.: «Observaciones sobre la “actio libera in causa”», cit., p. 22, nota 3). Tradicionalmente se ha venido hablando de «método del rodeo» (*Methode der Umgehung*) o «teoría de la anticipación» (*Vorverlegungstheorie*) y «método de la reducción» (*Methode der Reduktion*): vid. JOSHI JUBERT, U.: *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, cit., p. 124. Los inconvenientes que, como veremos, presentan el modelo del injusto típico y el modelo de la excepción, ha llevado a que algunos penalistas busquen la solución de los problemas que suscita la *alic* fuera de la dogmática penal (así, v. gr., NEUMANN, U.: *Zurechnung und «Vorschulden». Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1985, pp. 271 y ss.). Sin embargo, también estas tesis tienen sus desventajas (vid. las críticas de JOSHI JUBERT, U.: *Ibidem*, pp. 240 a 252), por lo que aquí sólo nos circunscribiremos a los dos modelos de imputación citados.
- [12] Esta terminología la emplea JOSHI JUBERT en el siguiente sentido: «*imputación ordinaria* concurre cuando se atribuye un resultado a un autor determinado dándose todos los elementos del delito en un momento determinado; *imputación extraordinaria* tiene lugar cuando se imputa el resultado a un autor, faltando un elemento del delito, pero éste es substituido por un subrogado» [vid. JOSHI JUBERT, U.: *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, cit., p. 125].
- [13] En el Derecho penal alemán consideran la causa libera como acción ejecutiva (*Tathandlung*), entre otros, JAKOBS, G.: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2.ª Auf., Berlin, New York, 1991, trad. de J. CUELLO CONTRERAS y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO bajo el título *Derecho Penal. Parte*

General. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, 1995, p. 614; ROXIN, C.: «Observaciones sobre la “actio libera in causa”», cit., p. 28; en nuestro Derecho cf., v. gr., COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed. adecuada al Código penal de 1995 por M. I. VALLDECABRES ORTIZ, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 546: «A nuestro entender parece lo más correcto sostener que quien se coloca voluntariamente en situación de inimputabilidad para llevar a cabo el delito, *está ya iniciando su ejecución.*»

[14] Cf. ROXIN, C.: «Observaciones sobre la “actio libera in causa”», cit., p. 22.

[15] Con la consecuencia absurda que, como dice ALONSO ÁLAMO, ello representa (ALONSO ÁLAMO, M.: «La acción “libera in causa”», cit., p. 60).

[16] Indica ROXIN que el modelo de la excepción resuelve todas las dificultades que presenta el modelo del injusto típico pero a costa de infringir el principio de culpabilidad y la ley escrita (ROXIN, C.: «Observaciones sobre la “actio libera in causa”», cit., p. 23).

[17] Vid., en profundidad, JOSHI JUBERT, U.: *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, cit., pp. 130 y ss.

[18] *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.ª Auf., Berlin, 1978, trad. de S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE bajo el título *Tratado de Derecho penal. Parte General*, V. I, Bosch, Barcelona, 1981, p. 612.

[19] Cf. en el Derecho penal alemán, v. gr., HRUSCHKA, J.: «Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit –BGHSt 21, 381», en *Juristische Schulung*, 1968, pp. 554 y ss.

[20] *Strafgesetzbuch*, Código penal alemán. Señala dicho párrafo que obra sin culpabilidad quien en la comisión del hecho, a causa de una perturbación mental morbosa, de una profunda perturbación de la conciencia, de oligofrenia o de otra grave anomalía psíquica, es incapaz de comprender lo injusto del hecho o de obrar conforme a esa comprensión («Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln»).

[21] Cf. en el Derecho penal alemán, v. gr., JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 611; ROXIN, C.: «Observaciones sobre la “actio libera in causa”», cit., pp. 22 y 28 y ss.; en nuestro Derecho COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 545.

[22] Cf., por todos, JOSHI JUBERT, U.: *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, cit., p. 178. Su tesis de considerarla no un subcaso de la autoría mediata sino un supuesto que presenta una estructura paralela (vid. JOSHI JUBERT, U.: *Ibidem*, p. 184), que no es nueva (vid., v. gr., JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho penal. Parte General*, V. I, cit., p. 612), podrá servir para entender mejor la *alic* pero sigue sin solventar el problema de la infracción del principio de identidad.

[23] En el Derecho penal español es admitida, como se sabe, la costumbre *secundum legem* y *praeter legem*, quedando excluida la costumbre *contra legem* (vid. cualquier Manual de Parte General de Derecho penal: v. gr., y por todos, COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 146 a 148).

[24] Base de Datos de Aranzadi en CD-ROM. Repertorio de Jurisprudencia 1993/3333.

[25] *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, cit., pp. 377 y ss.

[26] En el apartado tercero del art. 17 del Código penal se señala que «La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley.», y en el párrafo primero del apartado segundo del art. 18 de dicho texto legal que «La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.»

[27] *Tratado de Derecho penal. Parte General*, V. I, cit., p. 611.

[28] «Observaciones sobre la “actio libera in causa”», cit., p. 23.

[29] Cf. en el Derecho penal alemán, v. gr., JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 613; ROXIN, C.: «Observaciones sobre la “actio libera in causa”», cit., p. 34; en nuestro Derecho COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 546, nota 10; JOSHI JUBERT, U.: *La doctrina de la «Actio libera in causa» en Derecho penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, cit., pp. 389 y 401.

[30] Cf. ROXIN, C.: «Observaciones sobre la “actio libera in causa”», cit., p. 34.

[31] Cf. JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., p. 613.

[32] *Tratado de Derecho penal. Parte General*, V. I, cit., p. 611.

[33] «Über den Aufbau des Schuldbegriffs», en *Festschrift für GIESEN*, 1907, trad. de S. SOLER bajo el título *Estructura del concepto de culpabilidad*, Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Chile, 1966, p. 21.

[34] *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2.ª Auf., 1933, trad. de J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ bajo el título *Tratado de Derecho penal*, T. II, 3.ª ed., adicionada y puesta al día por A. QUINTANO RIPOLLÉS, Madrid, 1957, p. 48.

[35] Frente a la concepción psicológica de la culpabilidad, cuyo contenido se agotaba en la mera relación psicológica (nexo psíquico) que une la voluntad del sujeto y el acto típico y antijurídico por él realizado (el dolo y la culpa aparecen como *especies* y no como elementos de la culpabilidad), la concepción normativa supuso un entendimiento de la culpabilidad como *juicio de reproche* (comportamiento culpable es comportamiento reprochable): el comportamiento típico y antijurídico sólo podrá ser imputado subjetivamente al individuo cuando quepa reprocharle el que lo haya llevado a cabo, para lo cual el individuo tiene que tener la capacidad suficiente para haber actuado de otra manera. Decisivos en la elaboración de la concepción normativa fueron, como es de sobra conocido, los trabajos de FRANK («Über den Aufbau des Schuldbegriffs», en *Festschrift für GIESEN*, 1907), GOLDSCHMIDT (*Der Notstand ein Schuldproblem*, 1913) y FREUDENTHAL (*Schuld und Vorwurf*, 1922). Así, señalaba el primero que la culpabilidad no puede agotarse en el simple nexo psicológico que une el acto típico y antijurídico con su autor, pues deben tenerse en cuenta tanto la inimputabilidad como las circunstancias *concomitantes*, es decir, las circunstancias personales en las que lo realizó (el tan citado ejemplo de FRANK del cajero de una empresa y el repartidor de valores que cometen defraudación estando en

situaciones personales distintas: FRANK, R.: *Estructura del concepto de culpabilidad*, cit., pp. 13 y ss.).

[36] La doctrina finalista, al concebir la acción de modo final, tuvo que incluir en la misma el dolo –entendido como «dolo natural», esto es, como conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico– y la culpa o imprudencia –consideración del delito imprudente como una forma particular de infracción, necesitada de un estudio sistemático propio e independiente–, pasándose de una concepción normativa a una concepción puramente normativa, pues todo el objeto de reproche se encuentra en el injusto, mientras que en la culpabilidad quedan los elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento del significado antijurídico del acto y ausencia de causas de no exigibilidad de una conducta adecuada a Derecho) que permiten atribuir la realización de dicho injusto a su autor (cf., por todos, CÓRDOBA RODA, J.: *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 17 y 18). Hoy, superado el concepto final de acción, la pertenencia del dolo al tipo de injusto o a la culpabilidad es una cuestión que depende de la concepción de la antijuricidad que se mantenga. Así, el entendimiento de la norma en su doble significado de norma objetiva de valoración y norma subjetiva de determinación hace que se sostenga una concepción de la antijuricidad objetiva –o predominantemente objetiva, en el caso de aceptar los elementos subjetivos del injusto–, en la que lo decisivo es la contrariedad que se produce con el aspecto valorativo de la norma –la lesión o puesta en peligro del bien jurídico– con independencia del contenido de la voluntad del sujeto, que será tenido en cuenta en la culpabilidad, en donde se imputa al sujeto el haber desobedecido el imperativo contenido en la norma (norma subjetiva de determinación) pudiendo haberse comportado de otra manera. Quienes otorgan a la norma una naturaleza imperativa, por el contrario, tienen un entendimiento subjetivo de la antijuricidad, pues en cuanto que la norma es un mandato del Estado dirigido a la voluntad del sujeto, lo decisivo para comprobar si el comportamiento es o no antijurídico será la trasgresión o contravención a dicho mandato, lo que sólo podrá determinarse si ya desde la antijuricidad conocemos el contenido de la voluntad del sujeto (el dolo estará, pues, en el tipo de injusto).

[37] Uno que debería ser el de simple capacidad de conocer y querer para los tipos no comprensivos de elementos subjetivos; otro, diferente, destinado a los autores de tipos comprensivos de elementos subjetivos, en la medida en que consta en el tipo el conocer y querer del sujeto.

[38] Vid. CÓRDOBA RODA, en CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal*, T. I, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 208 y 209.

[39] Para ser incapaz de culpabilidad basta con que se encuentre plenamente perturbada la capacidad para comprender la ilicitud del hecho, en cuyo caso estará también plenamente perturbada la capacidad para actuar conforme a esa comprensión (si un sujeto no tiene capacidad para comprender que su actuación se halla prohibida por el ordenamiento jurídico, no podemos exigirle lo imposible, esto es, que tenga capacidad para actuar conforme a una capacidad de comprensión que no tiene), o bien sólo esta última (piénsese, v. gr., en el drogodependiente que, aun sabiendo que robar se encuentra prohibido por el Derecho, comete el hecho sancionado como delito por tener su capacidad de autodeterminación plenamente perturbada por el síndrome de abstinencia).

[40] El actuar doloso exige, según correcto criterio decía MEZGER, el conocimiento de la significación antijurídica de la acción (MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, T. II, cit., pp. 151 y ss.).

[41] Según el § 323, letra a, del StGB, «Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist.»

[42] A mi juicio se pueden utilizar, como se hace en texto, los adjetivos voluntario e intencional como sinónimos. Lo único que quiero poner de manifiesto con ello es que, a pesar de nacer el acto de la voluntad del sujeto, de ser, si se quiere, un acto deliberado o hecho a sabiendas, no tiene que ser necesariamente un acto intencional en el sentido del dolo penal (recuérdese que esta distinción se encontraba ya en el art. 69 del Código penal de 1928 al señalar que «Atenuan o agravan la responsabilidad del infractor: 1.ª La embriaguez, que ...; si fuera intencional pero no buscada de propósito para cometer la infracción, podrá ser apreciada como atenuante o no ser apreciada como atenuante ni como agravante, ...»).

[43] GONZÁLEZ RUS, J. J.: «La embriaguez como causa de exención o atenuación de la responsabilidad criminal en el Código vigente y en el Proyecto de 1980», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, pp. 468 y 469.

[44] Aunque las diferentes posibilidades que se pueden dar las enfoco desde la perspectiva de la incapacidad de culpabilidad (artículos 20, 1.º y 20, 2.º del Código penal), son perfectamente trasladables a la incapacidad de acción (art. 10 del Código penal).

[45] Según la postura que se mantenga en torno al contenido del dolo, así será el criterio que se adopte para delimitar el dolo eventual de la culpa consciente o con representación. Muy someramente sólo señalaremos que, frente a las teorías puras del conocimiento, en las que para afirmar que existe dolo es suficiente con el conocimiento por parte del sujeto del riesgo o peligro que la realización de su conducta conlleva, las llamadas teorías mixtas o intermedias identifican la voluntariedad propia del dolo con la actitud interna del sujeto respecto al resultado, es decir, para afirmar que existe dolo no solamente se toma en cuenta que el sujeto contara con la producción del resultado en el momento de emprender la acción sino que es preciso, además, constatar su actitud interna frente al mismo. Como ya me he pronunciado en otro lugar, personalmente me parecen más convincentes las tesis mixtas o intermedias, pues prefiero identificar la voluntariedad propia del dolo con la actitud interna del sujeto frente al resultado que deducirla del conocimiento de la alta probabilidad de materialización del riesgo. De esta forma, para afirmar la actuación dolosa (dolo eventual) y no imprudente (culpa consciente) del sujeto no basta con que éste haya tenido conciencia del riesgo (la probable comisión de la infracción penal bajo el trastorno mental transitorio o el estado de intoxicación plena) sino que es preciso, además, un posicionamiento de su voluntad, que puede ser cualquiera de los múltiples criterios que la doctrina penal ha elaborado para dotar de contenido al dolo eventual (aceptación, aprobación, conformidad, etc.).

[46] Piénsese, v. gr., en el trabajador de una destilería que se embriaga plenamente al respirar los aromas desprendidos por varios barriles rotos accidentalmente.

[47] El sujeto, bajo el estado de intoxicación plena que le ha provocado el consumo de alcohol, coge su automóvil y se

dirige al domicilio de quien quiere matar. Durante el trayecto, y debido a las condiciones en las que se encontraba, atropella a un transeúnte causándole la muerte. Al bajarse del automóvil descubre que el transeúnte atropellado es precisamente la persona que quería matar.

[48] SILVA SÁNCHEZ, en relación al art. 340 bis, letra a, del CP73 (actual art. 379), entendía que la atenuante de embriaguez del art. 9, 2.ª del CP73 podía ser aplicada a dicho delito si no era aplicable la doctrina de la *alic* [SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a), 1.º (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la “actio libera in causa”)», en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1988, pp. 168 y ss.]. Con el nuevo Código penal la tesis ha de ser, a mi juicio, la misma, esto es, la aplicación del art. 379 no es incompatible con la aplicación del número segundo del art. 20, pues la tesis contraria, consistente en considerar que el art. 379 constituye una excepción al art. 20, 2.º, es criticable en la medida en que castigar a un sujeto que conduce bajo un estado de intoxicación plena que no ha sido buscado con el propósito de cometer el delito del art. 379, o respecto del cual no se ha previsto ni se ha tenido la obligación de prever su comisión, infringe claramente el principio de culpabilidad. Puesto que en nuestro ejemplo no es éste el caso pues existe, como mínimo, preordenación culposa, debemos imputar al sujeto, además del resultado lesivo para la vida, el delito de conducción de un vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas.

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA* EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Herminio Ramón Padilla Alba

RESUMEN: *En el presente trabajo se resaltan dos aspectos significativos del arduo problema dogmático de la actio libera in causa (un estudio más detallado en el libro del mismo autor Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas): el primero de ellos es una argumentación, basada en el dato de que los presupuestos legales presentes en el Derecho español son distintos de los del ordenamiento alemán, contra las críticas que algunos autores españoles han planteado al modelo de la excepción calcando casi por completo las tesis alemanas; en segundo lugar, partiendo de la base de que un incapaz de culpabilidad o inimputable no puede -desde el punto de vista de la sistemática neoclásica del delito- actuar dolosamente, se defiende que la imputación de la actio libera in causa a título de dolo debe hacerse acudiendo necesariamente al dolo de la acción precedente relativo a la posterior comisión de la infracción penal.*

PALABRAS CLAVES: *Trastorno mental transitorio, intoxicación plena, actio libera in causa, preordenación dolosa, preordenación culposa.*

FECHA DE PUBLICACIÓN EN *RECPC*: 3 de septiembre de 2001